[redacted]



POR parte de doña Agueda de Monreal viuda de Fráciſco de Monreal Regidor de Murcia, en el pleyto con Alfonſo Perez de Euia, como marido de doña Mariana de Monreal, ſobre el oficio de Regidor de la dicha ciudad, que vacò por muerte del dicho Franciſco de Monreal, ſe fundarà en eſta alegacion que el dicho Regimiẽto pertenece a la dicha doña Agueda, para gozar del durante ſu vida, y que ha de ſer condenado el dicho Alfonſo Perez y la dicha doña Mariana en reſtitucion del con dozientos ducados de renta en cada vn año deſde que lo eſtà poſſeyendo por razon de los frutos que ha merecido, y para eſto ſe formaràn tres articulos.

En el primero ſe probarà, que la dicha doña Mariana y el dicho Alfonſo Perez eſtan vẽcidos en eſte articulo por dos executorias deſta Real Audiencia, de que les obſta excepcion de coſa juzgada para no poder tener en ſu cabeça el dicho Regimiento, ni gozar del.

 En

En c … oficiõ
del dic … tra si
la vol … or la
dicha
En … e co-
sa juz … iana
y Alf … duzir
del p … sobre
los 7D … q dizé
auer li … lo vé-
cida.

P

LA … a si Al-
fon … muger, es la del pleyto, en q̃ la dicha doña Mariana, antes de casarse, muertos sus dos hermanos pidio possession de todos los bienes del mayorazgo que auia instituydo el dicho Francisco de Montreal su padre, y auian quedado por su fin y muerte, lo qual se contradixo por la dicha doña Agueda de Montreal, pretendiendo que por auer muerto los dichos sus dos hijos legitimos sin auer tomado estado, no solo no auia cessado en ella el vsufructo, pero se auia consolidado y continuado por todos los dias de su vida, en el qual pleyto aunque el Alcalde mayor de Murcia en 26. de Setiembre de 614. proueyò auto, en que mandò dar la possession de todos los bienes del dicho mayorazgo a la dicha doña Mariana, y a don Iuan de Montreal su curador, con que la susodicha diesse en cada vn año trezientos ducados a la dicha doña Agueda para sus alimentos, miẽtras no se casasse, y le reseruò el derecho sobre la propriedad; pero deste auto apelò la dicha doña Agueda, y por sentencias de vista y reuista se reuocò, y la possession dada a la dicha Mariana, y se mandò dar a la dicha doña Agueda.

Desta executoria primera non est àmbigendum quim

quim redundet exceptio rei iudicatæ, contra los dichos doña Mariana y Alfonso Perez de Euia su marido, para que no pueda en este juyzio que pende, y se ha de determinar sobre el dicho oficio de Regidor pedir que se les confirme el auto de vista, en q̃ se les mãdò dar y entregar el titulo del dicho oficio, por ser como es parte principal del dicho mayorazgo, y auer en la dicha primera executoria vencido doña Agueda de Monreal à la dicha doña Mariana en la accion vniuersal que intentò la dicha doña Mariana; pidiendo possesion de todos los bienes del dicho mayorazgo que auiã quedado por muerte del dicho su padre, quoniam de iure extat constitutum, quod quãdo quis succumbit in actione vniuersali, quam intenderat non admittitur ad agendũ pro particulari, vt docuit Affricanus in l. egi tecum. §. fin. de except. rei iud. ibi: *Item si fundo petitò postea insula, quæ erregione eius in flumine nata erit petatur, exceptio obstatura est*: idem probatur in l. si mater. 11. ff. eod. tit. Y auiendose por la dicha primera executoria mandado boluer todos los bienes del dicho mayorazgo a la dicha doña Agueda, para q̃ gozasse por todos los dias de su vida del vsufruto de todos los bienes, por precissa y necessaria consequencia se sigue, q̃ le fue mandado boluer y restituyr el dicho oficio, como vna de las partes mas principales del dicho mayorazgo, iuxta elegans Vlpiani, respõsum in l. si quis cum totum. ff. de except. rei iudic. ibi: *Si quis cum totum petisset, partem petat exceptio rei iudicatæ, nocet nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur, & si pars petatur eius quod totum petitum est. Neq̃ interest, vtrum in corpore hoc quæratur an in quantitate, vel in iure. Proinde si quis fundum petierit deinde partem petat, vel pro diuiso, vel pro indiuiso dicendum erit exceptionem obstare. Proinde & si proponas mihi certũ locũ me petere ex eo fundo quem petij, obstauit exceptio. Idem erit probandum, & si duo corpora fuerunt petita mox alterutrum corpus petatur. Nam noceuit exceptio*: y es tan elegante y copiosa la

decision

decision desta ley, que con mucha multitud de exẽplos prueua el dicho Iurisconsulto, y determinar la resolucion de la duda deste articolo en fauor de la cosa juzgada, y de la dicha doña Agueda: porq̃ en las dichas sentencias se manda que se le restituyan todos los bienes del dicho mayorazgo a la dicha doña Agueda, para que goze del vsufructo de todos ellos, y assi quadran muy bien las palabras del dicho Iurisconsulto Vlpiano, in prin. prædictæ legis, ibi: *Si quis cum totum petisset, partem petat; exceptio rei iudicatæ nocet.* Y luego da la razon, diziendo: *Nam pars in toto est eadem enim res accipitur, & si pars petatur eius quod totum petitum est.* Præmaximè, que como es comun resolucion, los oficios de Regidores y Ventiquatros son fructuosos como los bienes rayzes, y como tales se venden y enagenan con la misma solemnidad que los bienes rayzes, y se imponen censos sobre ellos, y ha lugar tomarse por el tanto, ex l. 13. fori, & 7. & alijs, tit. 11. lib. 5. recopilation. como lo resoluio Castillo de Bobadilla in sua polit. lib. 3. cap. 8. à num. 292. vsque ad fin. num. 294. vbi plures idem tenentes recenset per plures glossas, à litera. D. vsque ad literam. E. Y en consequencia desta verdad, en el pleyto de alimẽtos que la dicha doña Mariana y el dicho Alfonso Perez su marido siguieron contra la dicha doña Agueda, dio peticion diziẽdo, que el dicho oficio de Regidor era fructuoso, y que auia quien diesse por el mas de trezientos ducados cada año que se mandasse arrendar, y se arrendò en dozientos ducados cada año en don Ioan Arias de Mõtealtio de la dicha doña Mariana por dos años, como cõsta de los autos deste pleyto, pieça 8. fol. 3.

Y no obstarà contra esto la l. 8. tit. 2. lib. 7. recop. donde està dispuesto que los oficios de Regidores y Ventiquatros y otros semejantes no se puedan vender, ni enagenar, y parece que generalmente prohibe qualquiera fruto o apreuechamiento que de semejantes oficios se pudiera gozar, si la dicha ley

no

no lo prohibiera, con cuya ocasion Tello Fernãdez in l.26.y 29. Tauri resuelue deuerse guardar la dicha ley, y abomina de lo contrario, & inuehitur cõtra Doctores asserentes prædictam legem cõsuetudine, horum regnorum esse antiquatá, & obsoletá.

Porque se responde, que el solo tuuo aquella opinion, y lo contrario es la verdad, y nos lo enseña la experiencia, que la dicha ley no se guarda, ni los señores Reyes de España, ni los señores Consejeros de la Camara, que cada dia admiten las dichas enagenaciones, y el Consejo y Chancillerias estan llenos de pleytos entre particulares, sobre ventas de Regimientos y Ventiquatrias, y en esta Real Chancilleria de Granada penden muchos, de que yo soy abogado en algunos. Finalmente es esta la verdadera resolucion, vt docet Azeuedo in Curia Pisana, cap. fin. per totum, & in d.l.4.n.6. Humada in l. 1.tit.13. part. 1.gloss.3.per totum, Auendaño respon. 9. n. 3. dõde dize, quod sunt in bonis, quia redditus habẽt: y por no cansar no refiero otros innumerables autores.

La segunda executoria es, la del segũdo pleyto q̃ la dicha D. Mariana despues de casada intẽtò cõtra la dicha doña Agueda, diziendo, que Francisco de Monreal su padre auia dexado por vsufructuaria a doña Agueda, hasta tanto que su hijo o hija tomassen estado, que ya auian muerto los dos legitimos en la pupilar edad, y ella auia tomado estado, casandose con el dicho Alfonso Perez, con q̃ auia cessado el derecho que la dicha doña Agueda tenia de gozar del dicho vsufructo, y auia llegado el caso de su llamamiẽto. Pidio se le restituyesse el dicho vsufructo, con los frutos y rentos desde el dia que se casò. Y auiendose contradicho por la dicha doña Agueda, alegãdo no auer cessado el vsufructo, antes auerse perpetuado con la muerte de los dichos don Sebastian y doña Beatriz sus hijos, salio sentencia del Corregidor de Murcia, en que declarò auer cessado

el vsufructo de los dichos bienes, por auer se casado la dicha doña Mariana, y pertenecerle desde que se casò, y condenò a doña Agueda a que pagasse a la dicha doña Mariana lo que auia gozado de los dichos frutos desde que se casò doña Mariana hasta la real paga. Desta sentencia apelò doña Agueda, la qual se reuocò por sentencias de vista y reuista; y se absoluio, y dio por libre a la dicha doña Agueda de todo lo pedido y demandado contra ella por el dicho Alfonso Perez y doña Mariana su muger, y se declarò pertenecerle el vsufructo de los bienes del dicho Francisco de Montreal à la dicha doña Agueda, conforme a su disposicion, y a la primera executoria desta Audiencia.

Quibus ita constitutis, la cosa juzgada que nace desta segunda executoria es mas que notoria para excluyr a la dicha doña Mariana y al dicho su marido de la dicha pretension, y obstarle como tal cosa juzgada, por concurrir en aquel pleyto y en este las tres identidades que hazen la cosa juzgada de la ley cum quæritur, cum duabus seqq. ff. de except. rei iud.

Lo primero, porque concurren en este juyzio las mismas personas que concurrieron en aquel, q̃ son, doña Mariana y su marido como actores, y doña Agueda como rea en ambos juyzios, itaque concurrit *eadem conditio personarum*.

Lo segundo, *eadem res*, porque alli se pidio por la dicha doña Mariana todo el vsufructo de todos los bienes, y fue excluyda de todos ellos, ac per consequens de los frutos del dicho oficio, y aqui buelue a pedir el mismo oficio, que es vna de las partes principales de lo que alli pidio, petit enim eadem rem, quia pars in toto continetur, vt in l. & in toto, de regul. iuris, & in d. l. si quis cum totum, cum supra relatis.

Lo tercero concurre, *idem ius seu eadem causa petendi*, videlicet, auer tomado estado de casada la di-

cha

cha doña Mariana, que fue la causa que dio ocasion al pleyto del vsufructo, cuya executoria queda ponderada, y estando ya vencida esta causa por la dicha executoria la buelue a deduzir de nueuo la dicha doña Mariana en este segundo juyzio, & ita rei iudicatæ exceptio illi debet obstare per prædictam legem cum quæritur, cum duabus sequentibus, que son las que glossarō la dicha ley si quis enm totum, donde Iuliano Iurisconsulto mas antiguo, in vers. & generaliter, dixo: *Et generaliter vt Iulianus scribit obstat exceptio rei iudicatæ, quoties inter easdem personas eadem quæstio reuocatur, vel alio genere iudicij*, a la qual sentencia y parecer de Iuliano añadio Vlpiano su parecer, diziendo: *Et ideò si hæreditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hæreditatem petat exceptione summobeuitur*, que es como si dixera en el caso en que estamos, que si doña Mariana huuiera en el primero pleyto entrado pidiendo todos los bienes de el dicho mayorazgo por el nombre generico y colectiuo de todos los bienes, y fuera excluyda, y despues intentàra nueuo pleyto, pidiendo cada indiuiduo o especie de los dichos bienes de por si, le auia de obstar cosa juzgada, y de la misma suerte pidiendo primero los indiuiduos, sigilatim, siendole denegados, boluiendo despues a pedir la herencia por el dicho nōbre generico y colectiuo le auia de obstar cosa juzgada: ergo euidenter deprehenditur, que auiendo la dicha doña Mariana pedido primero todos los bienes del dicho mayorazgo por nōbre generico y colectiuo, y sido vencida en aquel juyzio, boluiendo oy a pedir, singularem rem eiusdem maioratus, videlicèt, el dicho Regimiento exceptione submobeuitur. Como lo dizen los dichos dos Iurisconsultos in verbis supra relatis.

Y porque parece, que se opuso en estrados q̃ las sentencias de vista y reuista de la segunda executoria solo fueron absolutorias del derecho que pretē-

dia

dia tener doña Mariana, ac proinde, q̃ no hizo cosa juzgada. Se responde, que lo contrario es verdad de derecho, videlicèt, quod sententia absolutoria lata in actione parit exceptionem rei iudicatæ. Y aun en caso mas fuerte y riguroso, que es quando se añadio alguna calidad a la misma accion que primero se auia intentado, como lo decidio el Iuriscõsulto Paulo, in l. in delictis. §. si detracta. ff. de noxalibus actionib. el qual parrapho lo sumò elegantissimamẽte Baldo, diziendo: *Absolutoria lata in actione parit exceptionem rei iudicatæ, si iterum eadem actione, cum additione alterius qualitatis agatur.* Y las palabras del dicho Consulto son expressas, ibi: *Si detracta noxe deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta, & finito iuditio amplius agẽdo eum noxe deditione exceptione rei iudicatæ submobeuitur, quia res in superius iuditium deducta & finita est.*

SECVNDVS ARTICVLVS.

EN este se mostrarà con euidencia, tanquam ex vnguibus leo, que aunque la dicha doña Mariana està llamada al mayorazgo, pero que en la clausula, donde Francisco de Monreal hizo disposicion cerca del dicho Regimiento no està comprehendida la dicha doña Mariana, ni en las clausulas del testamento, ni en las del codicilo: y para q̃ esto se vea con euidencia se referiran a la letra.

Clausula del testamento.

ITen mando, que despues de mis dias, hasta tanto que tenga hijo o yerno de edad para poder tener en su cabeça el oficio que tengo de Regidor desta ciudad, lo aya y tenga en confiança don Carlos de Monreal y Raxa Cauallero del Abito de San Iuan mi sobrino y tio de la dicha doña Agueda

de

de Monreal mi muger, asisstiendo en esta ciudad, si por constitucion de su orden no le es prohibido, o por leyes destos Reynos: y no pudiendo tener el dicho mi oficio de Regidor, o no asisstiendo en esta ciudad, lo tenga la persona que quisiere la dicha doña Agueda de Monreal mi muger, como tutora y curadora de los dichos mis hijos, o a quien por ellos lo ouiere de auer, con la firmeza y seguridad necessaria que le fuere pedida por la dicha mi muger.

Y despues parece, que por auerle nacido vn hijo de la dicha doña Agueda, que se llama don Sebastian, el dicho Francisco de Monreal otorgò vn codicilo, y la clausula que mira al Regimiento, del tenor siguiente.

Clausula del Codicilo.

ITen digo, que por quanto yo tēgo y posseo por mio, y como mio, por merced de su Magestad el oficio de Regidor perpetuo desta ciudad de Murcia, y porque mi intencion ha sido y es que este se conserue y guarde para los dichos mis hijos, por tanto mando, quiero, y es mi voluntad, que el dicho mi oficio de Regimiento no se venda ni enagene por ninguna manera, causa ni razon que sea: y que si don Carlos de Mōreal y Raxa Cauallero del Abito de san Iuan tio de la dicha doña Agueda de Mōreal mi muger, por algunos impedimentos, o por otras ocupaciones de su Orden o Religion no pudiere, o no quisiere tenerlo en su cabeça, en tal caso quiero y es mi voluntad, que lo tenga y possea en su cabeça el Secretario Iuan de Iunco Tesorero de el Santo Oficio de la Inquisicion, y vezino desta ciudad de Murcia, hasta tanto que el dicho don Sebastian de Monreal y Gongora mi hijo sea de edad de poderlo tener y posseer: y a falta de el dicho mi hijo, hasta que la dicha doña Beatriz de Monreal mi hija

se aya casado, que entonces ha de renũciarlo, y bol-
uerlo a el dicho mi hijo, y a falta suya a la dicha mi hija y su marido, con que el que lo tuuiere en el interin, aya de obligarse, con la seguridad necessaria, a lo restituyr a los dichos mis hijos, como dicho es, y a q̃ si por su culpa o descuydo, o por falta de renunciacion, o por otra qualquiera causa se perdiere, aya de pagar por el dicho oficio la estimacion y precio q̃ se posiere.

His duabus clausulis ante oculos positis, està llano no estar doña Mariana comprehendida en ellas para poder pretender derecho al dicho Regimiẽto, en el caso que se dispone en las dichas clausulas.

En quanto a la primera clausula, que es del testamento, est certo certius no estar comprehendida la dicha doña Mariana, porque dize que despues de sus dias, hasta tanto que tenga hija, o yerno de edad para poder tener en su cabeça el oficio de Regidor, lo tenga en confiança don Carlos, y si no quisiere, o no pudiere por impedimentos de su Orden, lo tẽga la persona que nombrare doña Agueda de Mõreal su muger (como tutora y curadora de los dichos sus hijos) las quales palabras no se puede referir a la dicha doña Mariana, por ser hija natural de quien no pudo ser tutora la dicha doña Agueda, porque las mugeres no pueden ser tutoras sino solamente de sus hijos y nietos, iuxta textum in l. 1. C. quando mulier tutelæ officio fungi possit, l. tutela, & l. vltima, ff. de tutelis, l. iure nostro, ff. de testamentaria tutela, l. scire, in principio, ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his, &c. l. 4. tit. 16. p. 6. cum pluribus adductis à Ioan. Garc. 1. p. c. n. 1. y assi solamẽte quiso el testador comprehender y cõprehendio a don Sebastian, y a doña Beatriz, como sus hijos legitimos, de quien la dicha doña Agueda lo podia ser, vt in authent. matri & auiæ, C. quando mulier, &c. & in d. l. 4. tit. 16 p. 6. Et ita solos los dos hijos legitimos estàn comprehendidos en aquellas palabras, ibi:

Hasta

Hasta tanto que tenga hijo o yerno de edad, para poder tener en su cabeça el oficio que tengo de Regidor desta ciudad, y no la dicha doña Mariana, de quien conforme à derecho no pudo ser tutora la dicha doña Agueda; per omnia iura supra dicta præmaxime, que la persona que huuiere de tener el dicho Regimiento, ha de ser con nombramiento de la dicha doña Agueda, como parece por la misma clausula, ibi: *Lo tenga la persona que quisiere la dicha doña Agueda de Monreal mi muger, &c.* Con las quales palabras le dio el dicho Francisco de Monreal eleccion y arbitrio a la dicha doña Agueda su muger, para que muertos los dichos sus dos hijos legitimos, y no pudiendolo aceptar el dicho don Carlos, la susodicha la nõbrasse.

Y que el verdadero entendimiento de las palabras de la dicha clausula, ibi: *Hasta tanto que tenga hija, o yerno de edad para poder tener en su cabeça el oficio q̃ tengo de Regidor,* las aya dicho y puesto por solos los dichos don Sebastiã y doña Beatriz hijos legitimos, y no por la dicha doña Mariana hija natural, lo declarò expressamente en la clausula del Codicilo que queda referida en muchas y varias partes della; porque auiendo añadido à la clausula del testamento, que no pudiendo tener el dicho oficio en su cabeça el dicho don Carlos de Monreal, lo tuuiesse Iuã de Iunco Secretario y Tesorero del Santo Oficio de la Inquisicion de Murcia, dize: *Que lo tenga y possea hasta tanto que el dicho don Sebastian de Monreal y Gongora mi hijo sea de edad de poderlo tener y posseer, y à falta del dicho mi hijo hasta que la dicha doña Beatriz de Monreal mi hija se aya casado, que entonces aya de renunciarlo y bolverlo al dicho mi hijo, y a falta suya à la dicha mi hija y su marido.* Quæ sanè verba in versiculo, hasta tanto, declaran las palabras del hasta tanto del dicho testamento, ibi: *Hasta tanto que tenga hijo o yerno de edad para poder tener el dicho oficio:* videlicet, quod in prima clausula, la palabra, hijo o yerno, intelligantur de

don

don Sebastian y de doña Beatriz hijos legitimos, y se verifique en ellos, y no en la dicha doña Mariana hija natural, como en la segunda, ibi: *Hasta tanto que el dicho don Sebastian de Monreal y Gongora mi hijo sea de edad para poderlo tener y possеer, y a falta del dicho mi hijo hasta que la dicha doña Beatriz de Monreal mi hija se aya casado, que entonces ha de renunciarlo y boluerlo al dicho mi hijo, y a falta suya a la dicha mi hija y su marido:* en los quales dos lugares es impossible que estè cõprehendida la dicha doña Mariana, supuesto que estan llamados por sus propios nombres los dichos don Sebastian y doña Beatriz, que son sostituciones y llamamientos personalissimos que no admitẽ comprehension, ni extension a otras personas fuera de los llamados por sus propios nombres, Decius cõsil. 218. num. 9. & cons. 391. in principio, & cons. 465. num. 9. Curtius Iunior cons. 57. num. 2. & cõsil. 58. num. 2. & 3. Capici. decis. 108. num. 2. Aymõ Craueta cons. 98. num. 7. Menoch. cons. 85. nume. 26. & cons. 97. num. 19. Nata cons. 551. Bursat. cõs. 51. num. 12. Iacob. Berreta cons. 63. num. 6. Panciról. cons. 94. num. 26. Simon de Prætis lib. 3. interpretat. 3. dubitat. 4. solut. 1. num. 39. Ancharr. cons. 27. colum. fin. Roman. cons. 438. nume. 14. Quod procedit in omni dispositione, siuè actiua, siuè passiua, & in quacumque dispositione fauorabili, glos. in vers. si quis filio, in l. si quis ita, de testament. Bartol. in l. Gallus, §. instituens, ff. de liberis & posthu. Bald. cons. 302. lib. 4. Curti. Iuni. cons. 57. num. 2. & cons. 92. num. 6. Cuman. cons. 118. vers. instituti autem fuerant, Gozadin. cons. 29. num. 14. & cons. 36. num. 10. Craueta cons. 94. num. 9. Decius cons. 513. num. 12. Paris. cons. 20. num. 57. lib. 3. Bellon. cõs. 5. n. 5. Roland. cons. 97. num. 17. lib. 4. Alciat. cons. 78. num. 8. lib. 9. Pro quo facit egregia resolutio, quod quando aliqua dispositio fuit facta per nomina, propria nominatim eo casu non potest afferri coniectura, quæ sit efficax ad inducendam repeti-

petitionem, nec extensionem, ita scripserunt Craue
ta cons.98. n. 14. Mantica de coniecturis vltimarũ
voluntatum, lib.11.tit.6.n 6.in fine, Menochius de
præsumptionibus, lib.4.præsumpt.69 nu. 8. Odda
cons.67.n.32.Peregrin.art.29 nu.36. Surdus consil.
448.num.29. y esto solo basta para excluyr qualesquier
conjecturas de extension y repeticion de las
personas que no estan expressamente llamadas, &
licèt aliquando in legatis detur extensio, & repetitio,
l.licèt imperator.77. ff. de legatis 1.hoc tamen
locum non habet quoties illa fuerunt relicta ab instituto
nominatim, l.Celsus.29 §. quod alicuius. ff.
de legatis 2.l.si plures 96. ff. de legatis 3. l. 1. §. id
quod.ff.ad l.falcidiam, Bart.d.l.licèt imperator.77.
n.3.vers.oppono, infra & num.4. vers. primo casu,
& ibi Iass.& alij passim, ff. de legatis 1.latè Peregrinus
de fideicom.art.16.n.59. quia in his quæ fiunt
nominatim, personæ tãtum habetur ratio, l. turpia,
57.§.vltimo, l.si hæredes nominatim.127.ff de legatis
1.ideoque non potest dispositio tanquam personalis
ad alias personas extendi, vt docet eleganter
Bellonus cons.35.n.22.cum sequenti. Y no estando
la dicha doña Mariana como no està llamada a este
oficio en ninguna de las dichas clausulas, y teniẽdo
como tiene obligacion de probarlo, per text.in l.ei
qui dicit.ff.de probationibus, l.actor. C.eodem tit.
Corneus cons.161.n.8.lib.2.Craueta cons.208 n.3.
Roland.cons.56.n.3.lib.3.Honded.cons.60.n. 12.
& cons.78.n.9.lib.1.Mazolus cons.84.n.12.cum in
numeris frustra referendis. Et ita con justa razon
doña Agueda puede dezir a doña Mariana, y Alfonso
Perez de Euia su marido, de vobis non loquutus
fuit testator, neque eius substitutio, aut dispositio,
quantum attinet ad officium istud decurionatus, &
quo ad vos liberas ædes habeo, Craueta d. cõs. 208.
Socin.sen.cons.62.n.4.lib.3.Socin. iun.cons. 102.
num.23.lib.1.Iass.cons.142.num.5.lib.2. & consil.
35.n.7.lib.3.Beroius cons.93.n.41.lib.2. Menoch.

 cons.

cons.92.num.97.Riminald.iunior,cons.110.n.15.
& cons.171.num.87.Pereg.art.1.n.26.& art. 11. n.
37.Caualcan.decis 5.n.13.p.3.idem Honded. cōs.
78.num.10.lib.1.Francisc.Becc.cons.39. num.26.
idem Mazol.cons.55.num.4.Petrus Surd. cons.39.
num.1.latissimè omnium Lanarius cons.60.nu.5.
vsque ad n.25.n.1.

Contra todo lo qual no obstarà si se dixere por parte de doña Mariana, que ella està llamada al mayorazgo, con condicion de tomar estado, y casarse como los demas sus hermanos legitimos, y con el mismo derecho para suceder despues de los dias de los susodichos en qualesquier bienes del dicho mayorazgo: y auiendose muerto los susodichos, y ella tomado estado de casada, corre en su fauor la misma razon que en los dichos sus hermanos, para que el dicho Iuan de Iunco tenga obligacion de restituyrle a ella el dicho oficio, como a qualquiera de sus hermanos legitimos que oy fuera viuo, porque aunque no estè nombrada en las dos clausulas que quedan referidas, estas se hā de declarar por las clausulas generales de los llamamiētos, quia est vulgare quod vna clausula, vel vna pars dispositionis suppleatur, & declaratur per aliàs in quibus testatores magis perspicuè, & specialius loquuti sunt, tradit Cephalus cons.196.num.15.cum seq.lib.2.Riminald. Passerhus, & alij in numeri quos recenset, atq; exornat D.Ioann del Castillo huius Regalis Chancellerię meritissimus Senator, lib.4. suarum controuersiar. iuris, cap.50. num.18.cum seqq.& n.35.

A esta dificultad se responde, que aunque la dicha doña Mariana estè llamada al dicho mayorazgo con las cōdiciones puestas a los hijos legitimos; pero en quanto a el dicho oficio ay especial determinacion, como parece por las dichas clausulas, la qual no se ha de referir en quanto a la especialidad a los llamamiētos generales que hizo para la sucession de el mayorazgo, iuxta elegantem Labeonis,

res-

responsum in l. quæ cōditio. 39. ff. de condit. & demonst. vbi ita inquit: *Quæ conditio ad genus personarū, non ad certas personas accomodata fuerit, eam existimamus totius esse testamēti, & ad omnes hæredes institutos pertinere: atque conditio, ad certas personas accōmodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum quo hæ personæ institutæ fuerunt*: idem probatur in l. & si pepercerit 3. §. filius intermedias, ff. de liberis & posthumis, vbi clausula posita intra vnum capitulum, ad illud tantum refertur, Gregorius Lopez in l. 3. tit. 13. p. 6. gl. 2. col. 8. q. 26. vers. sed quod fœminæ, tradunt omnes in l. talis scriptura. §. fin. ff. de legatis primo, & plures alij quos refert & sequitur Anton. Gabriel lib. 6. comm. opinionum, tit. de claus. conclu. 9. n. 1. & doctissimè omnium idem D. Ioannes del Castillo, dict. cap. 50. num. 57. el qual en el numero 38. ponderando este mismo punto resuelue suo pruden- ti iudicio, & maturo consilio, que en vltimas voluntades las clausulas aunque sean generales se suelen restringir y acomodar a sus semejantes: ita enim asserit; *Regulariter tamen, clausulas huiusmodi quantumcumque generales in vltimis voluntatibus appositas restringi ab ea, quæ sunt similia expresis non ad diuersa, l. vltima, § cui dulcia. ff. de vino, tritico, & oleo legato, cum pluribus ab eo ibidem relatis.* Igitur, continiendo las dichas dos clausulas que tocan al dicho oficio, disposicion y prouision especial, assi de las personas como del dicho oficio, seria muy grande absurdo quererlas extender a comprehéder la hija natural, de la qual en ellas no se haze mencion; y es caso cierto q̄ no quiso en quanto al oficio de Regidor darle al marido q̄ fuesse de la susodicha el derecho que a su hijo legittimo, y al marido de doña Beatriz su hija legitima: porque si quisiera, como nōbrò y llamò a el dicho don Sebastian, y a la dicha doña Beatriz su hija, llamàra tambien a la dicha doña Mariana como la llamò a la sucessió del mayorazgo, pues pudiera como nombrò a doña Beatriz nombrar a la dicha doña

Mariana;

Mariana, y como dixo que la restitucion se hiziesse a don Sebastian, y por su muerte al marido de doña Beatriz, dixera a los maridos de sus hijas, iuxta text. in l. vnica. §. sinautem ad deficientis. C. de caducis tollend. ibi: *Nam si contrarium volebat nulla erat difficultas illud exprimere:* Ad idem text. notab. in cap. 2. §. sed neque, de translat. prælat. ibi: *vnde si circa translatione͂, idem fieri voluisset quod decessione dixerat de trãslatione, etiam poterat exprasciſſet:* ad idem text. in cap. ad audientiam, in fine, de decimis, ibi: *Nam si intelligeremus tantum denoualibus, vbi ponimus de laboribus denoualibus poneremus:* & ita, la dicha doña Mariana tãquam omissa habenda est pro non vocata, neque nominata para este oficio, & pro non scripta: y siẽdo en este caso la disposicion tan clara, que no recibe comprehension ni extension pretender la susodicha que le pertenece en este caso el dicho oficio, est imbecilitas intellectus, como dixo Baldo: y querer donde las palabras son claras valerse de conjecturas contra Consulti responsum, in l. ille aut ille. §. cum in verbis, cum mille similibus.

TERTIVS ARTICVLVS.

POR los mismos filos de que doña Agueda se quiere valer cõtra doña Mariana en el primero articulo, oponiendole de cosa juzgada en virtud de las dos executorias que en el dicho articulo se refieren y quedan ponderadas, pretende en este la dicha doña Mariana vencer a la dicha doña Agueda oponiendole de cosa juzgada del pleyto que la dicha doña Mariana y Alfonso Perez su marido siguieron contra Iuan de Iunco sobre la merced del Abito, diziendo auer tambien la dicha doña Agueda litigado en el, y auer sido vencida por ellos: porque auiendo puesto demanda la dicha doña Mariana y su marido a Iuan Iunco, pidiendo fuesse cõdenado a pagarle siete mil ducados, como a successo-

ra en el mayorazgo de su padre, conforme a la clausula del codicilo, en que el dicho Francisco de Monreal puso condicion al dicho Iuan de Iunco, que si durante el tiempo que el tuuiesse en su cabeça el dicho Regimiento le saliesse la suerte de Procurador de Cortes, fuesse obligado a que las mercedes q̃ su Magestad le hiziesse las auia de passar y passasse en su hijo y hija (que indubitablemente lo dixo por sus dos hijos legitimos, y no por la natural) y auiendose contradicho por parte del dicho Iuan de Iunco, y asimismo por parte de la dicha doña Agueda, pretendiendo que se auia de denegar a la dicha doña Mariana y a su marido lo que pretendia, y condenar a Iuan de Iunco a que a ella como a vsufructuaria de los bienes le restituyesse los dichos siete mil ducados, y por sentencia de vista se condenò a Iuan de Iunco y a su yerno, a quien auia dado en casamiento la merced del Abito, a que pagasse a la doña Mariana de Monreal dos mil reales en cada vn año por los dias de la vida de la susodicha; por el interesse y pretension en que se moderò y tassò la dicha merced, y les absoluieron y dierõ por libres de la demãda de doña Agueda: y asimismo a la dicha doña Mariana de lo pedido contra ella por la dicha doña Agueda: la qual suplicò de la dicha sentencia, alegando el derecho de vsufructuaria, y como a tal pertenecerle la dicha merced, y no tener derecho a ella la dicha doña Mariana, sobre cuyas alegaciones concluso el pleyto salio sentencia de reuista, confirmando la de vista, con que los mil reales fuessen por la vida de Iuan Iunco desde que su yerno se puso el Abito.

Igitur hac lite occulis subiecta, pretenden Alonso Perez y su muger que tienen cosa juzgada contra doña Agueda para que este oficio se les aya de restituyr, y confirmar la sentencia de vista, quiriendo sacar del dicho pleyto excepcion de cosa juzgada; quodquam absurdum sit, ex sequentibus ostendetur.

 Lo

Lo primero, porque la excepcion de cosa juzgada para que pueda valerse de ella quien la tiene en su fauor, la deue alegar en vno de dos tiempos, o como excepcion dilatoria dentro de los nueue dias, ante litem contestatam, iuxta l. 1. tit. 4. lib. 4. recopilation. & l. 1. tit. 5. eod. lib. y passado el dicho termino no se admiten como dilatorias para impedir el ingresso de el pleyto, como lo resoluio elegantissimamente Iacobus Cancer. lib. 3. variarum, cap. 17. num. 12. vbi inquit: *Exceptio rei iudicatæ, debet opponi statim in initio causæ ad processum in vim dilatoriæ. Nam si opponatur, postquàm est actum de meritis causæ, nullius momenti est oppositio.* Quod pluribus exornat, o se opone en fuerça de perentoria ad merita causæ, & sic ad diffiniendam totam litem, y esto ha de ser in prima instantia, antequàm proferatur sententia diffinitiua, dentro de veinte dias, ora se aya de probar con testigos, ora con escrituras: y passado el dicho termino no se admite si no es jurando que entonces viene a su noticia, vt probatur in d. l. 1. tit. 5. lib. 4. recop. Y yo no hallo que la parte contraria tenga alegado en todo el pleyto esta excepcion, hasta que su abogado lo alegò en estrados a boca en esta instācia de reuista, y asi no se deue hazer caso della.

Lo segundo se responde, que para auer cosa juzgada, era necessario que concurrieran en este pleyto, y en el de la dicha merced las tres idētidades de la ley cum quæritur, cum duabus sequentibus, ff. de exceptione rei iudicatæ, cum pluribus supra relatis; como concurren contra la dicha doña Mariana y su marido las identidades de los pleytos de sus executorias, y son las mismas que las del pleyto sobre el oficio de que se trata en este; y es cosa cierta que aqui no concurren, porque que tiene que ver la merced del Abito con el oficio de Regidor, quæ adeò sunt primo diuersa, sicut substantia & accidens subiectum & qualitas, quinimò tanquam causa & effectus: immò vero, el dicho Regimiento, est causa

causa remota, & mediata a la dicha merced, quia mediat inter vtrumque, la suerte que le cupo de procurador, & ita non potest versari causæ continẽtia inter munus decurionatus, super quo inhoc iudicio contenditur, & inter munus & beneficium eius cõtemplatione à Principe collatum, quare cum non adsit continentia causæ, nec identitas rerum, no puede auer cosa juzgada, ni consequencia de lo vno a lo otro, quia ex disparatis, & diuersis non fit illatio, l. fin. ff. de calumniatoribus, l. Papinianus exuli, ff. de minoribus cum similibus, & est principiũ per se notum, quod ex vna materia non potest inferri ad aliam, nec valet procedere consequentia, nec dari res iudicata per prædicta iura, cum adductis à Frãcis. Vejio cons. 1. num. 78.

Lo tercero, porque en aquel juyzio fueron Actores doña Mariana y su marido contra Iuan de Iunco por su interesse, y asimismo por el suyo lo fue doña Agueda contra el mismo Iuan de Iunco, y asi ay diuersidad de personas, y quien alli salio condenado fue Iuan de Iunco, y no salio condenada doña Agueda, sino absuelta doña Mariana de lo pedido por doña Agueda; y la causa desta absolucion fue, porque la dicha doña Mariana no posseya la dicha merced, y asi era fuerça absoluerla, y esta sentencia absolutoria no produce cosa juzgada, nec reo competit exceptio rei iudicatæ, quia non possidebat tempore latæ sententiæ, iuxta Pontificis respõsum in cap. aduersario, quod est penultimum, de exceptionibus: donde auiendo vno puesto a otro demãda de cierta cosa, que entõces el reo posseia, parece que la enagenò sin dolo pendente lite, y fue absuelto en aquel juyzio; despues boluiò a posseer el reo, y el actor le boluio a poner otra demanda, y le opuso de cosa juzgada; y consultado el Pontifice, respondio que no le obstaua. El texto es elegante y sus palabras son: *Aduersario tuo per iudicem absoluto, quoniam tempore motæ litis rem petitam ab ipso sine dolo desierat*

desierat possidere, si eam modo possideat, tibi petenti denuo, rei iudicatæ exceptio non obstabit. El qual caso es mas apretado que el nuestro, porque alli en el segundo juyzio pidio el actor lo mismo de que auia sido absuelto el reo en el primero, itaque militabat vtrobique identitas eiusdem rei; la qual falta en nuestro caso, por ser diferente la merced del oficio de Regidor; idem probatur in l. si teneam, ff. de exceptione rei iudicatæ, & in l. sin autem, ff. de rei vendicat. §. 1. glossa, in dict. cap. aduersario, verbo, sine dolo, in fine, ad idem text. in cap. examinata, de iudicijs, ibi: *Vndè intentionem tuam in hac parte, pronuntiamus non tenere, absoluentes eosdem milites ab eadem, ita tamen quod si congruentem & aptam intentari volueris actionem, respōdere tibi nihilominus teneantur*: vbi post glossam nota Abbas & cæteri scribentes, quam resolutionem retulit etiam idem Iacobus Cancer. vbi supra, nume. 58.

Tandem pro felici complemento huius allegationis, considero que doña Agueda tiene en su fauor expressa la voluntad de Francisco de Monreal su marido en las dichas clausulas, y q̃ ninguno puede entrar en el dicho oficio sin su voluntad, como queda ponderado, y està expressado en las dichas clausulas, y esta es ley q̃ se deue guardar, Authent. de nuptijs, §. disponat testator, & erit lex, l. 1. C. de Sacrosanctis Eclesi. cum mille similibus: y por ellas ordenò Francisco de Monreal, que la persona que huuiesse de entrar en el dicho oficio hiziesse obligacion, y otorgasse fianças para la seguridad del dicho oficio, obligādose a pagar el valor del dicho oficio si se perdiesse, y el dicho Iuan de Iunco la otorgò, y esta obligacion està en su fuerça y vigor, y en fraude della, y con mas colusion que con verdad. Finalmēte con animo de defraudar a la viuda pobre ausente en Nauarra, se conuinieron y concertaron el dicho Iuan Iunco, y doña Mariana y su marido, que el dicho Iuan de Iunco le otorgasse la escritura, en cuya virtud

virtud y execucion della se le mandò entregar por esta Real Audiencia el titulo del dicho oficio, y què el dicho Iuan de Iunco lo renunciasse en el dicho Alfonso Perez de Euia, como si la obligacion que el dicho Iuan de Iunco otorgò en fauor de la dicha doña Agueda como tutora y curadora de sus hijos no fuera mucho anterior a la que otorgò en fauor del dicho Alfonso Perez y doña Mariana su muger, y como sino fuera otorgada con mas justa causa, y conforme a la voluntad del testador anterior, y con prelacion a la otorgada en fauor de las partes contrarias, que totalmente es opuesta y odiosa a la voluntad del testador, & ex diametro, contraria, y aun a otras muchas leyes y derechos que se pudieran pōderar a este proposito, quæ considerādā, & expendēda relinquo, a la mayor prudencia de V.m. en quiē confio se ha de seruir de reuocar la sentencia, y condenar al dicho Alfonso Perez a que restituya a doña Agueda el dicho oficio, y lo renuncie en la persona que doña Agueda nombrare. Prout iudicari sperātur: salua, &c.